This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 452 730

MARCUSEN

UEBER DIE RESCISSION PFLICHTWIDRIGER SCHENKUNGEN

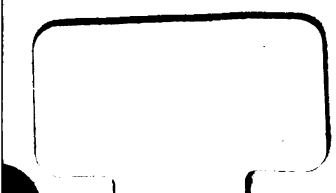
1880

W1
19
AR

HD

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google



Digitized by Google

SWITZERLAND
✓
454 C

Ueber die

Rescission pflichtwidriger Schenkungen

Habilitationsschrift

zur Erlangung der venia docendi der juristischen Facultät der Universität Bern

vorgelegt von

W. Marcusen
Dr. jur.

Bern.
Buchdruckerei B. F. Haller.
1880.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber die

Rescission pflichtwidriger Schenkungen.

Habilitationsschrift

zur Erlangung der venia docendi der juristischen Facultät der Universität Bern

vorgelegt von

Wo Waldemar Marcusen
Dr. jur.

Bern.
Buchdruckerei B. F. Haller.
1880.

SWITZERL
111
MAK
Digitized by Google

Rec. Sept. 1, 1899.

Digitized by Google

Die querela inofficiosæ donationis ist schon so vielfach theils in Erbrechtscompendien, theils in Monographieen, abgehandelt worden, dass es fast überflüssig erscheinen möchte, sie nochmals zum Gegenstande einer Untersuchung zu machen. Allein bis jetzt ist die mit der Lehre dieser Materie verbundene Controverse, ob die Rescission übermässiger Schenkungen in gleicher Weise geschieht, wie die Rescission bei der quer. inoff. testamenti, oder ob nur bis zum Betrage des Pflichttheils rescindirt wird, noch nicht endgültig entschieden worden. Daher sei es mir gestattet, auch meinerseits den Versuch einer Lösung zu wagen, umsomehr da ich glaube einiges weniges neue den bisherigen Ausführungen hinzufügen zu können. So habe ich abgesehen von den uns vorliegenden Codextiteln (Lib. III. tit. 29 u. 30) aus der Natur der Schenkung selbst, Rescission übermässiger Schenkungen *lediglich* bis zum Betrage des Pflichttheils herzuleiten gesucht. Denn Schenkungen, als an sich unanfechtbare Geschäfte, dürfen, wenn sie ausnahmsweise aus Billigkeitsgründen der Anfechtbarkeit unterliegen, nur in möglichst geringem Grade rescindirt werden. Der möglichst geringste Grad ist aber Rescission bis zum Betrage des Pflichttheils, denn eine solche reicht hin, um den verkürzten Notherben gerecht zu werden.

Digitized by Google

Ferner habe ich das vielbesprochene fr. 78 § 3 de leg. II. einer eingehenden Untersuchung unterworfen, und den Nachweis zu liefern gesucht, dass unbeschadet dem klaren Sinne dieser Stelle, es eine Auffassung desselben gibt, die über den Widerspruch mit den Codexstellen weghilft. Zu dieser Auffassung gelangt man ganz natürlich durch einen Blick auf die Geschichte des römischen Rechts. Wir haben nämlich zu berücksichtigen, dass das von Paulus angeführte Rescript zu einer Zeit erlassen wurde, wo den Rescripten noch keine *allgemeine* Rechtskraft zukam. Fasst man das in Frage stehende Rescript in dieser Weise auf, so ist es ohne Bedeutung für unsere Lehre, umsomehr, da wir spätere Rescripte besitzen mit *allgemein* gültiger Rechtskraft. Daher ist dasselbe blos als ein historisches Zeugniss zu betrachten, dass Kaiser Alex. einmal so entschieden hat. Eine Zusammenstellung der Literatur habe ich nicht für nöthig befunden, umsomehr da eine solche sich sehr vollständig bei Breidenbach: Zur Lehre von der Rescission pflichtwidriger Schenkungen (im Archiv für civil. Praxis B. 27 u. 28) vorfindet. Man wird die benutzten Werke jederzeit am betreffenden Orte citirt finden. Was die Anordnung des Stoffes anbelangt, so werden wir zunächst über die Klage im Allgemeinen sprechen und sodann zu einer eingehenden Behandlung der einzelnen Quellenstellen übergehen. Durch letzteres hoffen wir den Nachweis zu liefern, dass die quer. inoff. don. blos auf den Pflichttheil geht, und daher in ihren Wirkungen der quer. inoff. test. nicht vollständig gleichkommt. In einem Anhang haben wir die Lehre von den übermässigen Schenkungen nach französ. Rechte behandelt, um die wesentlichen Abweichungen vom römischen Rechte zu zeigen.

Digitized by Google

Die querela inoff. donationis ist eine Billigkeitsklage, ihre Entstehungsgeschichte folgende.

Eine vollständige Ausschliessung der Erben durch Testament war nach römischem Rechte nicht möglich, wenn dieselben sich nicht gegen den Erblasser vergangen hatten. Sie mussten in jedem Falle ihr Pflichttheil erhalten. Der Pflichttheil aber wurde berechnet nach der Grösse des Vermögens beim Tode des Erblassers. War beim Tode des Erblassers nichts mehr vorhanden, so hatten die Erben nichts zu fordern. Wenn also Jemand schon bei Lebzeiten sich seines Vermögens durch rechtsgültige Geschäfte entäusserte, z. B. durch Schenkungen, so hatten die Erben eigentlich keinen Anspruch mehr nach dem Tode desselben. Dieser Fall mag in Rom häufig vorgekommen sein, und die Notherben waren gegen ein solches Verfahren ohne Schutz. Allein in solchen Veräusserungen, die in fraudem legis vorgenommen wurden, lag offenbar eine grosse Unbilligkeit gegen die Erben, wenn gleich die Geschäfte selbst als negotia inter vivos an sich gültig und unanfechtbar waren. Es musste daher ein Rechtsmittel geschaffen werden, um dieser Ungerechtigkeit zu steuern. Zu diesem Zwecke wandten sich die Beeinträchtigten Erben öfters an die Kaiser, die durch ihre Rescripte entschieden, wie in solchen Fällen zu verfahren sei. So hat sich allmählig die Lehre von den übermässigen Schenkungen durch die Kaiserrescripte ausgebildet. Die den beeinträchtigten Notherben gegebene Klage wird unter verschiedenen Benennungen eingeführt. Den Namen querela inofficiosæ donationis hat man aus der Ueberschrift des Codextitels hergeleitet. Sonst heisst sie immodicarum donationum querela in c 9 ht. Uebermässige Schenkungen heissen immensæ donationes c 3 ht. enormes arg. c 4 u. c 6, immodicæ c 4 und c 9, immoderatæ arg. c 7.

Digitized by Google

Die Kaiser verordneten in ihren Rescripten eine Rescission der übermässigen Schenkungen bis auf den Pflichttheil. Dieses geht aus fast allen Rescripten mit Deutlichkeit hervor. Wie das einzige mit dieser Ansicht in Widerspruch stehende Rescript in fr. 87 cit beurtheilt werden muss, haben wir soeben bereits angedeutet. Das Nähere s. weiter unten.

Eine solche Rescission, wie sie die Kaiser anordneten, muss man aber auch aus der Natur der Sache annehmen.

Denn die querela inoff. donat. ficht ein Geschäft inter. vivos. an. Für Dispositionen aber, die bei Lebzeiten getroffen werden, besteht an sich keine Beschränkung, man hat bei Lebzeiten ein beliebiges Dispositionsrecht über sein Vermögen, wenn die betreffenden Geschäfte an sich rechtsgültig sind. Und das sind zweifelsohne solche Schenkungen. Wenn nun aus höheren Gründen der Billigkeit diese Schenkungen von den in ihrem Pflichttheil verkürzten Erben angefochten werden können, so muss dies doch mit der grösstmöglichen Schonung geschehen. Denn diese Rescission ist ihrerseits wieder eine Unbilligkeit gegen den Beschenkten, welche nur durch die grössere Unbilligkeit, die dem Notherben zugefügt ist, sich entschuldigen lässt. Hat aber der Notherbe sein Pflichttheil erhalten, so hört jede Unbilligkeit gegen ihn auf, und das Unrecht des Erblassers ist wieder gutgemacht. Eine weitere Beschränkung der Beschenkten wäre die grösste Ungerechtigkeit gegen diesen, und nicht der æquitas entsprechend.

In diesem Sinne gilt hier der bekannte Satz: utile per inutile non vitiatur, wie schon Vinnius und später Francke und Mühlenbruch [1]) angenommen und Breiden-

[1]) Vgl. Vinnius sel. jur. quæst. l. II. cap. 33, pag. 472. Nam primo quoties lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus

Digitized by Google

bach grundlos verneint hat. Die irrige Ansicht, dass eine Rescission biz zum Betrage der Intestatportion des Erben eintrete, wenn demselben sein Pflichttheil durch übermässige Schenkungen entzogen ist, rührt her von einer Verwechslung von testamentarischer Verfügung und Schenkung.

In seinem Testamente *muss* der Erblasser seine Erben bedenken, Schenkungen bei seinen Lebzeiten kann er ohne Rücksicht auf dieselben machen.

Wenn man eine gleiche Wirkung aus der Analogie beider Klagen herleiten will, welche in den Quellen stets betont wird, so ist dieses unrichtig. Denn aus der Analogie folgt nicht völlige Gleichheit in dén Wirkungen. Analog sind die Klagen, weil ihre Voraussetzung dieselbe ist, nämlich Verkürzung der Erben in ihrem Pflichttheil, d. h. weil in beiden Fällen eine Inofficiosität vorliegt. Analog sind sie ferner, da beide dazu dienen, den hieraus entspringenden Nachtheil für den Notherben zu beseitigen, wenn dieses auch nicht immer mit derselben Wirkung geschieht. Gleich sind für beide Klagen die Fristen wie c. 9 h. t. uns belehrt, also für beide gilt eine fünfjährige Verjährungszeit vom Tode des Erblassers an. Gleich sind beide Klagen hinsichtlich der in ihnen auftretenden Kläger. In den Quellenbeispielen sind zwar nur Descendenten und Ascendenten als solche für die quer. inoff. don. eingeführt. Allein es liegt kein Grund

---

excedatur, non totum infirmatur, quod gestum est, sed quod illicite gestum est dumtaxat.

Francke, Recht der Notherben S. 531 bemerkt gleichfalls ganz richtig, dass ein Rechtsgeschäft, welches theilweise bestehen kann, nicht ganz, sondern nur insoweit rescindirt wird, wie der Grund der Nichtigkeit oder der Rescission reicht. Vgl. ferner Mühlenbruch, Forts. zu Glück's Erläuterungen, B. 36, S. 114.

Digitized by Google

vor anzunehmen, dass Geschwister, denen personæ turpes vorgezogen wurden, auszuschliessen sind. Im Gegentheil folgt dieses aus der Analogie beider Klagen, aus welcher Gleichheit anzunehmen ist, wenn keine Verschiedenheit normirt ist. Von einigen älteren Juristen sind Distinctionen gemacht worden. Sie liessen bei angeblich verschiedenen Voraussetzungen, verschiedene Wirkungen der Klage eintreten. So unterschied man ob die Schenkung re oder re et consilio inofficios sei, d. h. ob dolus oder fraus vorliege, oder nicht. Allein diese Distinctionen sind unbedingt zu verwerfen, weil sie in den Quellen keinen Anhalt finden. Die Klage hat dieselben Wirkungen, gleichgültig ob fraus vorliegt oder nicht. Eigentliche fraus wird nur vorausgesetzt in c. 1. 3. 8 h t., in anderen Rescripten ist von einer liberalitatis effusio die Rede. Daher kann auch die Ansicht, dass fraus vom Kläger zu beweisen sei, in keiner Weise aufrecht erhalten werden. Ebenso ist auch die Distinction zwischen beschenkten Notherben, von denen die Intestatportion, und beschenkten Fremden, von denen Alles zurückgefordert werden kann, zu verwerfen. Diese ist zuletzt von Zimmern [2]) aufgestellt worden; wir werden weiter unten über sie zu sprechen haben bei der Erklärung von c. 1 des Titels über inoff. Sehenkungen.

Ob ein Testament gemacht ist, welches den Erben den blossen Namen solcher hinterlässt, nachdem das Vermögen bereits verschenkt ist, oder ob der Schenker ab intestato verstirbt, ändert nichts an der Klage. Vrgl. c. 3 h. t. Eine fernere wichtige Frage ist die, welcher Zeitpunkt massgebend ist zur Bestimmung, ob die Schenkung inofficiös ist. Die herrschende Meinung erklärt sich dahin, dass zunächst der Moment der Schenkung die Pflicht-

[2]) Zimmern in seinen und Neustetels röm. rechtl. Unters. S. 68.

Digitized by Google

widrigkeit derselben bestimmt, dass aber auch die Todeszeit zu berücksichtigen ist, weil zu derselben durch eine spätere Vermögensvermehrung die Inofficiosität aufgehoben sein kann. [3]) Was die Natur der quer. inoff. donationis anbetrifft, so ist dieselbe keine hereditatis petitio qualificata wie die quer. inoff. test., wie Glück[4]) angenommen hat. Die Erbenqualität, die durch die her. pet. erstritten werden soll, wird hier vorausgesetzt, und die Klage geht nur auf Erlangung des Pflichttheils aus der Schenkung. Ausserdem geht die Klage auch nicht gegen jeden Dritten, der aus der Schenkung etwas erhalten hat, sondern nur gegen den Beschenkten oder dessen Erben.

Francke [5]) nimmt mit Recht an, sie sei eine persönliche Rescissionklage wie die actio Calvisiana und die actio Faviana.

Die quer. inoff. donat. ist nicht unbedingt anzuwenden. Wenn dem Notherben ein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht, so geht dieses vor. Die Klage ist also eine subsidiäre. Als solche Rechtsmittel, die der quer. inoff. donat. vorzuziehen sind, werden uns in den Quellenbeispielen genannt das judicium fam. herc. in c. 2, h. t. und die in integrum restitutio in c. 4. h. t.

Das Judicium fam. herc. weist dem Kläger sein Pflichttheil zu cf. c. 2 h. t., ein Grund mehr für die Annahme, dass auch die quer. inoff. donat. darauf geht. Eine Stelle, worauf sich die gegnerische Ansicht noch stützt, ist c. 9 h, t. Allein dieses Rescript ist unklar genug abgefasst und besagt eigentlich gar nichts über die

---

[3]) Vgl. Vangerow, Lehrbuch 3. Band S. 277 § 482 Nr. 2 und Mühlenbruch, a. a. O. Seite 117.

[4]) Glück, B. 7 des Commentars S. 174—176.

[5]) Francke, a. a. O., S. 520.

Digitized by Google

Wirkungen der querel., beweist also auch nicht gegen unsere Ansicht, trotz der Conjecturen, die man gemacht hat. —

So suchte Faber (Conject. jur. civ. lib. III. c. 17) zu dem gewünschten Resultate zu kommen durch eine Conjectur in c. 9 h. t. Er setzt für omnibus «in omnibus» «in allen Stücken». Eine solche Conjectur ist aber durchaus überflüssig, da omnibus einen ganz guten Sinn gibt, wenn man es übersetzt «für Alle», so viel wie allgemein gültig. Man ist um so mehr berechtigt, diese Conjectur nicht zu berücksichtigen, weil es in derselben Constitution im Cod. Theod. omnis querela statt omnibus heisst, eine Lesart, die auch *Krueger* in seiner Ausgabe des Codex Just. angenommen hat. Ferner will Faber (eod. § 2) die Richtigkeit seiner Meinung noch aus dem Grunde herleiten, dass die gegnerische Ansicht den pater impius seinen Zweck theilweise erreichen lässt, trotzdem er in fraudem legis handle. Dieses Argument ist nicht schwer zu widerlegen. Es ist nicht einzusehen, warum der Vater seinen Zweck nicht theilweise erreichen soll. Durch das Verschenken an sich ist er nicht impius, sondern nur in soweit, als er seine Notherben um ihr Pflichttheil bringen will. Diesen Zweck allein soll er nicht erreichen, doch utile per inutile non vitiatur (vergl. Anm. 1).

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen gehe ich dazu über, die einzelnen uns vorliegenden Rescripte der Reihe nach durchzunehmen. Ich werde bemüht sein, zu zeigen, dass dieselben bei einer richtigen und ungezwungenen Interpretation nicht anders ausgelegt werden können, als dahin, dass die Rescission liebloser Schenkungen in allen Fällen blos bis zum Betrage des Pflichttheils erfolgte. Wir wollen zunächst besprechen das

Digitized by Google

Vorjustinianische Recht.

Zunächst liegt uns c. 1 C. de inoff. donat. (3, 29) vor, ein Rescript des Kaisers Philippus.

Eine Mutter hat, um die querel. zu hintertreiben, schon bei Lebzeiten *fast* ihr ganzes Vermögen verschenkt (es ist gleichgültig, ob an liberi oder extranei) und später die beiden Supplicanten auf $^1/_6$ eingesetzt, dieses Sechstel aber durch Legate und Fideicommisse unwirksam zu machen gesucht. Dann ist es recht und billig, dass den Bittstellern ein der quer. inoff. test. analoges Rechtsmittel gewährt werde, weil sie ihre quart nicht haben.

Zu diesem Rescript ist Folgendes zu bemerken:

Dasselbe bestimmt zunächst, dass den in ihrer Erbschaft verkürzten Notherben geholfen werden soll und zwar mit einem der querela inoff. test. analogem Rechtsmittel. Die quer. inoff. test. selbst kann nicht zur Anwendung kommen, denn die an sich gültigen Schenkungen können nicht angefochten werden, wie Erbeseinsetzungen, welche die Notherben beeinträchtigen. Daher gibt der Kaiser denselben, um ihnen gerecht zu werden, zur Aufhebung jener Legate und Fideicommisse eine der Inofficiositätsquerel. analoge Klage. Der den Bittstellern zugewiesene Erbtheil ist ein Sechstel des Vermögens der Mutter. Sind im Ganzen drei Kinder da, so dass das eine derselben die Schenkungen erhalten hat, so beträgt das hinterlassene Sechstel, sofern es die Supplicanten ungeschmälert erhalten, nach vorjustinianei'schem Rechte ihr Pflichttheil. Denn die Intestatportion eines jeden Kindes wäre dann $^1/_3$, der Pflichttheil der vierte Theil hiervon, also $^1/_{12}$, für beide Theile also $^1/_6$.

Ebenso haben natürlich die Supplicanten ihr Pflichttheil, wenn mehrere beschenkte Geschwister vorhanden

Digitized by Google

sind. Es scheint aus dem uns vorliegenden Rescripte wahrscheinlich, dass nur drei Geschwister da sind. Darauf passt namentlich das hinterlassene Sechstel, weil ja die Mutter den Schein einer Enterbung hat vermeiden wollen. Daher glaube ich auch, die Worte sive in extraneos dienen nur dazu, um die Verallgemeinerung auszusprechen, dass in gleicher Weise den Notherben beigestanden werden muss, wenn die Beschenkten Fremde sind. Dass in diesem Falle eine Rescission auf die Intestatportion stattfinde, ist eine Folgerung, die jedes Anhalts entbehrt. Um diese Annahme aufrecht zu erhalten, müsste man vollständig gleiche Wirkungen der querela inoff. donat und inoff. test. annehmen. Dann würden allerdings die Bittsteller ihre Intestatportion herausbekommen, weil ihnen weniger als ihre Quart hinterlassen wäre. So hat wohl auch Zimmern (a. a. O. S. 68) den Satz hergeleitet, dass der Verletzte vom beschenkten Fremden Alles, vom beschenkten Notherben seine Intestatportion zurückfordern kann. Allein dieser von Zimmern aufgestellte Satz bringt nur die grösste Verwirrung in unsere Lehre. Denn nimmt man selbst eine Rescission auf die Intestatportion an, so passt seine Erklärung nur dann, wenn *zufälligerweise* ein *einziger* Notherbe vorhanden ist, denn nur dieser könnte von den beschenkten Fremden Alles zurückfordern, weil die ganze Schenkung dann seine Intestatportion ausmacht. Die beiden von Zimmern unterschiedenen Fälle laufen also in der einzig möglichen Anwendung seines Satzes auf dasselbe hinaus.

Allein man muss diese Annahme einer völlig gleichen Wirkung beider Klagen überhaupt fallen lassen, erstens weil sie in den Quellen nicht ausgesprochen ist und zweitens weil man dadurch mit der Lehre von der Schenkung in Widerspruch geräth.

Digitized by Google

Es wird gut sein, zum Nachweis hiefür einige Sätze aus der Lehre von der Schenkung heranzuziehen. Nach den Quellen kann der Schenker seine Schenkung nur wegen Undankbarkeit der Beschenkten revociren, er kann es nicht wegen eigener pœnitentia[6]); ja, wir haben sogar ein Rescript Diocletians und Maximians, welches erklärt, nicht einmal durch ein kaiserliches Rescript könne die einmal rite gemachte Schenkung rescindirt werden.[7]) Ferner kann die Schenkung nur vom Schenker selbst revocirt werden nicht von dessen Kindern oder Reehtsnachfolgern.[8])

Aus alle diesem geht hervor, wie sehr im römischen Rechte die Schenkung für unverletzlich galt.

Es ist daher nicht anzunehmen, dass derselbe Kaiser Philippus, welcher dem Successor des Schenkers keine Revocation der Schenkung gestattet, hier eine Rescission derselben auf die Intestatportion vorgeschrieben hätte. Wenn er mit Rücksicht auf den verletzten Notherben die Schenkung schmälerte, so konnte dies billigerweise nur bis zum Betrage des Pflichttheils geschehen, Denn, wie bereits bemerkt, die Hülfe, die dem Notherben aus Billigkeit gewährt wird, ist an sich eine Unbilligkeit gegen den Beschenkten, die sich nur aus der Nothwendigkeit entschuldigt, und nur mit der grössten Schonung in Anwendung kommen darf.

Die querela inoff. donat. wird den Notherben gewährt mit besonderer Rücksicht darauf, dass sie ihre quart, ihr Pflichttheil nicht haben, utpote quartam partem non habentibus.

---

[6]) c. 2. 3. 4. C. de revoc. don. 8. 56.

[7]) c. 5. C. de revoc. don. 8. 56.

[8]) c. 1. eod. Ein Rescript des Kaisers Philippus, an dessen Schluss noch gesagt ist: neque enim fas est ullo modo inquietari donationes, quas is, qui donavit in diem vita suæ non retractavit.

Digitized by Google

Etwas anderes wie Pflichttheil kann quarta pars hier nIcht gut heissen, ausser wenn man im Ganzen vier Geschwister annimmt; dann wäre es die Intestatportion. Aber zu einer solchen Annahme liegt gar kein Grund vor.

Ueber die Bedeutung der Worte utpote quartam partem non habentibus ist viel gestritten worden. Während Lauterbach und Kritz dieselben als absolut beweisend für die hier vertheidigte Theorie halten, gibt Vangerow [9]) zu, dass dieselben nicht durchaus beweisend sind, da man sie als Grund, als Voraussetzung des Gesetzes betrachten kann.

Zimmern [10]) erklärt diese Worte als Grund des Gesetzes: Weil den Notherben ihre Quart nicht gelassen ist, so könnten sie klagen nach Analogie des quer. inoff. test. Ebenso nimmt Breidenbach [11]) an, diese Worte dienen dazu, überhaupt eine Verkürzung der Erben in ihrem Pflichttheil anzudeuten. Ueber die Wirkung der querel sei nichts gesagt, woraus er den Beweis folgert, dass zu jener Zeit noch von keiner Abänderung der in fr. 87 cit. aufgestellten Grundsätze die Rede war.

Allein die Worte utpote quartam partem non habentibus können sowohl auf die Voraussetzung, als auch auf den Zweck der querel bezogen werden: Weil Ihr euere Quart nicht habt, so sollt Ihr ein der Inofficiositätsquerel analoges Rechtsmittel erhalten, um zu derselben zu gelangen. Ich glaube nicht, dass diese Erklärung zu gesucht ist.

Wenden wir uns zu c. 2. h. t. Ein Vater hat seinem Sohne sein ganzes Vermögen geschenkt. Die Tochter ist

---

[9]) Vangerow. Lehrbuch der Pandekten. B. II., § 482. S. 281.
[10]) Zimmern. a. a. O. S. 65.
[11]) a. a. O. B. 28, S. 33.

Digitized by Google

dadurch geschädigt und wendet sich an die Kaiser, welche folgendermassen rescribiren. Es ist zu unterscheiden, ob der Sohn in potestate oder emancipatus war. Im ersten Falle greift das judicium familiæ herciscundæ Platz und der Richter muss durch sein Urtheil der Klägerin ein Viertheil ihrer Intestatportion, d. i. nach vorjust. Recht ihr Pflichttheil herausgeben lassen. Ist jedoch der Sohn emancipatus, so besteht die Schenkung Rechtens und der verkürzte Notherbe erhält ein der quer. inoff. test. analoges Rechtsmittel.

Betrachten wir die beiden im Rescript vorgesehenen Fälle genauer. Die Schenkung an den Sohn in potestate kann nur, wie auch Breidenbach [12]) ganz richtig annimmt, als eine mortis causa donatio aufgefasst und aufrecht erhalten werden. Denn sonst sind Schenkungen, welche der Vater dem Sohne in potestate aus seinem Vermögen macht, ohne rechtlichen Bestand [13]). Es muss also hier so angesehen werden, als ob die Schenkung gar nicht ex substantia patris gekommen wäre. Erst mit dem Tode des Erblassers convalescirt die Schenkung, welcher gegenüber die Tochter durch die Falcidia geschützt ist. So liegt hier zufällig der Fall, weil der beschenkte Sohn in potestate war. Dass aber in unserem Rescripte gar kein Gewicht darauf gelegt ist, dass die Supplikantin in ihrem Pflichttheil durch die *Falcidia* geschützt ist, sondern alles darauf ankommt, dass eine Rescission *bis zum Betrage des Pflichttheils* stattfinde, beweist schon die Wahl des Ausdruckes. Quarta pars debitæ ab intestato portionis ist die quellenmässige Bezeichnung des Pflichttheils; nie

---

[12]) a. a. O. B. 28, S. 34.

[13]) vergl. c. 6. C. de bon. quæ liber, 6, 61 und § 1 J. per quas pers. 2, 9.

Digitized by Google

wird die Falcidia so genannt[14]) Gerade aus dem Umstand, dass im ersten Theil dieser constitution das Hauptgewicht *nicht* auf die Ealcidia, die zufällig den vorjustiniani'schen Pflichttheil ausmacht, sondern auf den *Pflichttheil* gelegt ist, muss das Willkürliche der Annahme hervorleuchten, dass der zweite Theil dieses Rescripts, welcher die Schenkung an einen emancipatus behandelt, Restitution der Intestatportion vorschreiben soll, wie von den Vertretern der gegentheiligen Ansicht angenommen wird.

Der zweite Theil dieses Rescripts zeigt uns nur, dass die Tendenz der Kaiserconstitutionen darauf ging, der quer. inoff. donat. lediglich einen subsidiären Character zu geben, wofür auch c. 4. h. t. spricht. Da für den Fall des zweiten Theiles des Rescripts weder von einem Theilungsverfahren, noch von einem andern bestehenden Rechtsmittel die Rede sein konnte, weil das Geschenkte rechtsgültig in das Vermögen des Sohnes übergegangen war, andererseits aber die æquitas es verlangt, dass der verkürzte Notherbe sein Pflichttheil erhält, so wird ihm zur Erlangung desselben ein der quer. inoff. testam. analoges Rechtsmittel gegeben.

Wollen wir zusehen, in welcher Weise Breidenbach [15]) diese Constitution interpretirt und seinem System anpasst.

Breidenbach stützt sich hauptsächlich auf die Argumentation von Hille [16]), der die querel nicht Platz greifen lässt, wenn der Pflichttheilsberechtigte durch ein anderes Rechtsmittel geschützt ist. Soweit lässt sich auch gar nichts einwenden. Allein hieraus wird weiter gefolgert, dass im ersten Fall der filius in potestate seinen Pflicht-

---

[14]) vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 104, 105.

[15]) a. a. O. B. 28, S. 34.

[16]) Hille, de emmodicarum donationum querela. Marburg 1828. p. 51, sqq.

Digitized by Google

theil erhält, im zweiten Fall der filius emancipatus seine Intestatportion. Diese anscheinende Unbilligkeit will Breidenbach erklären durch ein starres Festhalten an alten Institutionen im Römischen Recht, eine Erscheinung, die sich im neueren Rechte noch in erhöhtem Grade zeige. Zum Beweise weist Breidenbach auf c. 30 C. de inoff. test III. 28 hin, wonach der Erbe, dem etwas hinterlasse wurde, sich schlechter steht als derjenige, der gar nicht eingesetzt ist. Allein diese Analogie passt wohl kaum, umsomehr, da nirgends in den Quellen davon etwas gesagt ist. Es muss ausserdem sehr gewagt erscheinen, nach dieser Seite hin Erbrecht und Schenkungsrecht einander gleichzustellen.

Wie schon oben erwähnt, muss dem Testator bei seinen Lebzeiten ein vollkommenes Dispositionsrecht über sein Vermögen zugestanden werden. Nur mit Rücksicht auf den Pflichttheil seiner Notherben ist eine Beschränkung entschuldbar, und nur soweit erstreckt sich auch der von den Kaisern den Notherben gegebene Schutz. Daher muss man mit Vangerow[17]) annehmen, dass es im höchsten Grade unbillig wäre, wenn eine an sich ungültige Schenkung zu grösserem Theile erhalten werden soll, als eine völlig gültige, gegen welche nur ein auxilium æquitatis gewährt wird.

Die Worte quartam ab intestato portionis beziehen sich also sowohl auf den ersten als auf den zweiten Theil der constitution, nur sind je nachdem der übermässig Beschenkte in potestate oder emancipatus ist, verschiedene Wege zur Erlangung der Quart vorgeschrieben. Würde die querel einen anderen Erfolg haben, so würde sich wohl auch am Ende des Rescripts ein ähnlicher Zusatz

[17]) Vangerow a. a. O. II. S. 281.

Digitized by Google

befinden, wie im ersten Theile desselben. Es würde etwa heissen: præses provinciæ auxilium tibi impertiet, quo ab intestato portio incolumis tibi præstetur oder ähnlich.

Was c, 3, h, t anbetrifft, so haben wir schon oben bemerkt, dass dieselbe vorschreibt, die nämliche Billigkeitsklage solle gewährt werden, gleichgültig, ob der Schenker ein Testament macht und darin seinen Erben den inane nomen heredum hinterlässt, oder ob er ab intestato verstirbt. Ueber die Wirkungen der Klage ist aus diesem Rescripte nichts zu ersehen. Wir gehen zu c, 4, h, t über, einem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian. Der hier vorgetragene Fall ist folgender: Ein Sohn hat durch übermässige Liberalität sein Vermögen verschleudert. Die Mutter, die desswegen den Kaiser angeht, wird beschieden, sie solle sich an den præses provinciæ wenden, welcher ihr, wenn ein Grund zur in integrum restitutio ex persona filii vorliegt, wegen verwerflicher Grösse der Schenkung Hülfe gewähren soll zur Beseitigung dessen, was unrechtmässig verschenkt wurde. Da man mit der I. I. R. ausreicht, so ist hier kein der quer. inoff. test. analoges Reshtsmittel nöthig.

Zu erklären ist hier zunächst die in integrum restitutio. Zimmern[18]) erklärt die Stelle folgendermassen: « perperam gesta ist nicht nur dasjenige, was den Pflichttheil angreift, sondern dahin gehört auch, wenn Jemand durch jugendlichen Leichtsinn, Zwang u. s. w. verleitet, seinen nächsten Verwandten die Intestatportion entzieht. » Daraus würde sich ergeben, dass die in integrum restitutio die Schenkung his zum Betrage der Intestatportion rescindirt. Allein Zimmern scheint hinsichtlich dieser etwas gewagten Erklärung seiner Sache selbst nicht ganz

[18]) Zimmern a. a. O. S. 70 und 71.

Digitized by Google

sicher zu sein, denn er fährt fort: « wenn es nicht so wäre, vermag man deshalb noch nicht mit Sicherheit den Schluss zu ziehen, also geht die querel nicht weiter » (sc. als bis zum Betrage des Pflichttheils). Aus der Zimmern'schen Erklärung folgt also gar nichts gegen die hier vertheidigte Ansicht. Breidenbach [19]) behauptet, durch die Worte quæ perperam gesta sunt sei blos angedeutet die Veranlassung des Rescripts, eine donatio immodica; es folge nicht daraus eine Rescission auf den Pflichttheil. Wenn dies der Fall wäre, so müsste die ganze Schenkung angefochten werden, was nicht zu vereinigen ist mit den Worten in removendis *his*, quæ etc. Daraus folgt vielmehr, dass nur eine theilweise Rescission stattfindet. Weiter lässt sich leicht folgern, dass die Rescission bis zum Betrage des Pflichttheils vorgenommen werden soll, wenn man nur auf die Voraussetzung der Klage zurückgeht. Dass diese Entziehung des Pflichttheils ist, stellen selbst die Vertreter der hier bekämpften Ansicht nicht in Abrede. Nun heisst es, der Mutter soll geholfen werden in removendis his, quæ perperam gesta sunt; die Worte quæ perperam gesta sunt bezeichnen aber die Voraussetzung der Klage, d. h. die Entziehung des Pflichttheils. Daher kann man nicht anders schliessen, als dass der Mutter zu ihrem Pflichttheil verholfen werden soll.

Was die Art der in integrum restitutio betrifft, so ist zunächst an eine in integrum restitutio minorum zu denken. Und mit dieser Auffassung kommt man auch vollständig durch. Diese in integrum restitutio konnte natürlich zunächst nur vom Sohne nachgesucht werden. Nach dessen Tod kann sie aber auch die Mutter ex persona filii erhalten. Allein die Mutter erhält sie von den

---

[19]) a. a. O. B. 28, S. 36.

Digitized by Google

Kaisern nicht in vollem Umfange, sondern nur bis zum Betrage ihres Pflichttheils, eine Beschränkung, die ihren Grund in dem oben erwähnten Satze findet, dass Schenkungen nur vom Schenker selbst, nicht von dessen Rechtsnachfolgern revocirt werden können. (Diese theilweise Rescission wird wieder gestattet mit Rücksicht auf die in ihrem Pflichttheil verkürzten Notherben.) Da man mit dieser Erklärung sehr gut zum Ziele kommt, so ist nicht einzusehen, warum Breidenbach [20]) glaubt, man müsse bei dieser Auffassung eine ganz neue in integrum restitutio creiren, die mit Rücksicht auf den Pflichttheil stattfände.

Die in integrum restitutio erstreckt sich also bloss auf den Pflichttheil. Sie wird gegeben, wie wir aus dem uns vorliegenden Rescripte ersehen, um die quer. inoff. don. zu vermeiden, woraus wieder ihr subsidiärer Charakter folgt. Aus diesem subsidiären Charakter schliesst Faber [21]) mit Recht, dass beide Klagen so weit als möglich gleichen Prinzipien folgen. Allein dies hat auf unsern Fall keine Anwendung. Daher schliesst Faber in seiner Weise weiter daraus eine Rescission bis zum Betrage der Intestatportion, während vielmehr umgekehrt auf eine Rescission bis zum Belaufe des Pflichttheils geschlossen werden muss.

In c. 5. h. t. kommt folgender Fall zur Sprache. Ein Vater hat sein ganzes Vermögen an seine emancipirten Söhne weggeschenkt. Er fragt an, ob er von diesen Schenkungen für etwaige später geborne legitime Söhne oder Enkel die Pflichttheile abziehen könne und erhält von den Kaisern Diocletian und Maximian eine bejahende Antwort.

---

[20]) a. a. O. B. 28, S. 36.
[21]) Conj. lib. 3. cap. 17, § 8.

Digitized by Google

Dass der Vater diesen Notherben blos ihren Pflichttheil zuwenden wird, ist unbestreitbar. Es heisst id quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est . . . . . ad patrimonium tuum revertetur. Daher ist auch debitum bonorum subsidium direkt mit Pflichttheil zu übersetzen. Die beiden Kaiser schreiben ausdrücklich zurück, der Pflichttheil solle abgezogen werden. Vergleicht man hiermit das in Anm. 6 herangezogene Rescript eben dieser Kaiser, so kann man getrost weiter folgern: Den später geborenen Kindern muss ihr Pflichttheil, aber auch nur dieser zugewendet werden. (Dafür spricht auch die Fassung dieser constitutio in den Basiliken. Lib. XLI. tit IV, fr. 5, wo es heisst: Der Vater hat, alle Schenkungen revociren zu dürfen, allein dies wurde ihm nur bis zum Betrage des Pflichttheils gestattet.) Dieses Rescript ist also von Wichtigkeit für uns, weil es uns wieder die Tendenz der Kaiserrescripte vor Augen führt, an sich gültige Schenkungen so weit wie irgend möglich aufrecht zu erhalten. Im Uebrigen hat es mit der quer inoff. donat. nichts zu thun, weil diese nie von dem Schenker selbst, sondern bloss von dessen Notberben angestellt werden kann, während hier der Vater selbst sich ein Rückforderungsrecht erbittet. Daher ist auch hier von keiner quer inoff. don. der post*umi* die Rede, welche einige ältere Schriftsteller, wie Donellus (comm. jur. civ. XIX, c. II.) und Glück (Erläuterungen, B. VII, S. 167) angenommen haben, sondern die Rückforderung geschieht vom Schenker selbst vermittelst einer condictio ex lege und zwar bis zum Betrage der ev. Pflichttheile.

Mit Unrecht folgert hieraus Breidenbach [22]) dass die Klage des Vaters geringere Wirkung habe, als die

[22]) A. a. O., B. 28, S. 39.

Digitized by Google

quer. inoff. donat. der Kinder. Man muss im Gegentheil sagen, wenn sogar der Schenker selbst nicht mehr zurückfordern darf, so können es um so viel weniger seine Kinder. Als ein wichtiger Grund für diese Meinung muss auch die Aufnahme dieses Rescripts in den Titel de inoff. don. erscheinen [23]), Wenden wir uns zu c. 6 h. t., einem Rescripte, welches ebenfalls von Diocletian und Maximian erlassen ist.

Ein Vater hat durch Schenknngen an seinen Sohn sein Vermögen erschöpft. Den noch vorhandenen Rest hat er durch Codicille zwischen Sohn und Tochter getheilt. Wenn nun die Tochter den Willen des Vaters nicht anerkannt hat, wenn sie ferner das benef. ætatis für sich nicht in Anspruch nehmen kann und wenn sie endlich durch ihre dos und aus dem Fideicommiss zusammen nicht so viel erhält, als zum Ausschluss der querel erforderlich ist, dann soll sie in Anbetracht der ungeheueren Grösse der Schenkungen ein der Inofficiositätsquerel analoges Rechtsmittel erhalten.

Auch aus diesem Rescript ersieht man wieder den subsidiären Charakter des quer. inoff. donat. und zugleich eine gewisse Abneigung der Kaiser gegen letztere Klage.

Wenn Breidenbach [24]) aus dieser Constitution schliessen will, es solle bei der quer. inoff. don. ganz gleich verfahren werden, wie bei der quer. inoff. test., so ist dies ein Irrthum. Auch hier muss eine Rescission auf den Pflichttheil angenommen werden, weil durchaus kein Grund vorliegt, warum dieselben Kaiser in diesem Rescript anders entscheiden sollten, wie z. B. in c. 4. h. t.,

---

[23]) Vgl. Mühlenbruch, a. a. O., S. 106.
[24]) A. a. O., B. 28, S. 39.

Digitized by Google

C 7 h. t. Eine Mutter hat durch übermässige Schenkungen an einen Sohn ihr Vermögen derart erschöpft, dass die Schenkungen, die sie dem andern Sohn machte, nicht einmal die Hälfte des vierten Theiles des Vermögens, d. h. den Pflichttheil ausmachen. Da der zweite Sohn nicht so viel erhalten hat, als zur Ausschliessung der querel erforderlich ist, so soll quod immoderate gestum est, revocirt werden. Hier handelt es sich hauptsächlich um eine Erklärung der Worte quod immoderate gestum est. Francke[25]) nimmt mit Recht an die Bezeichnung der Schenkungen als immoderatae immensae u. s. w. (immodicae sowie enormitas donationis) sind alle im Sinne der Inofficiosität gebraucht, also insofern sie den Pflichttheil lädiren.

Fasst man den Ausdruck auch hier so auf, so ist immoderate gestum nur das, was den Pflichttheil verletzt. Und dieses ist zurück zu fordern. Also sind diese Worte ganz ebenso zu deuten, wie quæ perperam gesta sunt in c. 4. h. t. Zimmern's[26]) Erklärung quod immoderate gestum est sei alles, was der beschenkte Bruder über seine Intestatportion erhalten hat, ist im höchsten Grade willkürlich und unhaltbar.

Ebenso ist die Unterscheidung, die Faber[27]) macht, nicht stichhaltig. Er sagt: longe differentia sunt: revocari id quod immoderate gestum est, et: revocari quatenus immoderate gestum est. Wenn man, wie er es thut, immoderate gestum ganz richtig als pflichtwidrig auffasst, so ist es vollkommen gleichbedeutend, ob man sagt, es solle *das pflichtwidrig Geschenkte* oder *die Schenkung solle, so weit sie pflichtwidrig ist,* zurückgefordert werden.

[25]) Francke, a. a. O. S. 526.
[26]) Zimmern, a. a. O. S. 73.
[27]) Conj. l. III. c. 17, Nr. 13.

Digitized by Google

Wäre die ganze Schenkung gemeint, so würde es wohl heissen, omnia quæ immoderate gesta sunt. Auch Breidenbach's [28]) Erklärung beweist nichts. Breidenbach stützt sich zunächst auf die Faber'sche Unterscheidung, dann aber weist er auch darauf hin, dass dergleichen Dispositionen, die den Pflichttheil verkürzten, der color insaniæ beigelegt wurde, und sie daher in ihrer Totalität für inofficiös galten. Ebenso seien lieblose Schenkungen zu behandeln. Allein wir würden eine solche Anschauung vergeblich in dem uns vorliegenden Rescripte suchen. Wir wollen hier noch erwähnen, dass diese constit. mit einem Eingang sich auch in den Vat. Fragm. § 280 vorfindet.

Wir kommen nunmehr zur Besprechung von C. 8, h. t. gleichfalls von Diocletian und Maximian erlassen. Eine Mutter hat, um die Inofficiositätquerel abzuwenden, ihr ganzes Vermögen durch *Schenkungen* an *einen* Sohn erschöpft. Da nun die ratio es verlangt, dass die querel gegeben werde zum Schutze gegen die Absicht derer, welche mit Willen das Testament zu anticipiren streben, und die Kinder um ihre querel bringen wollen, so soll das Geschenkte vermindert werden *nach Massgabe der quart* wie bei einem inoffiziösen Testament. Denn dasjenige, was die Frau vom Manne während der Ehe geschenkt erhielt, und dem gemeinschaftlichen Sohne mit Einwilligung des Vaters schenkte, muss vernünftiger Weise so angesehen werden, als sei es aus dem Vermögen des Vaters geschenkt worden (aus dem es während der Ehe nicht herauskommen konnte). Daher wird bezüglich dieser Güter, wenn dieselbe Absicht und derselbe Erfolg vorliegt, dasselbe Gesetz, wie über die Güter der Mutter beobachtet werden. Vinnius [29]) nennt dieses Rescript den

---

[28]) A. a. O., B. 28, S. 40.

[29]) Vinnius s. jur. quæst. l. II, c. 33., p. 474.

Digitized by Google

optimus textus und in der That muss dasselbe als eines der wichtigsten Argumente für die hier vertheidigte Ansicht gelten. Denn die von den Kaisern gewährte Klage ist wohl der Inofficiositätsquerel analog, aber in ihrer Wirkung von derselben verschieden. Würde bei beiden Klagen die gleiche Wirkung stattfinden, so müsste Rescission bis zum Betrage der Intestatportion eintreten, es ist aber ausdrücklich gesagt, dass die Schenkung rescindirt werde nach Massgabe der quart d. h. (da wir es mit einer vorjustinianischen Constitution zu thun haben) des Pflichttheils. Anders sind die Worte pro ratione quartæ nicht zu verstehen

Natürlich stehen die Vertreter der hier bekämpften Ansicht diesem Rescripte etwas verlegen gegenüber.

Faber [30]) versucht, um den gewünschten Sinn zu erhalten, die Interpretation quarta als quarta pars hereditatis für den concreten Fall von 4 Erben. Allein diese Interpretation ist doch zu gesucht. Faber scheint dies selbst zu fühlen, da er hinzufügt, er wolle die Worte übrigens lieber streichen als von seiner Ansicht abgehen. Breidenbach schlägt im schlimmsten Falle die Conjectur vor, statt pro ratione per rationem zu setzen, indem er die Worte pro ratione als einen Fehler bezeichnet, der sich durch die Abschreiber eingeschlichen hat. Wozu aber eine Conjektur, wenn der vorhandene Text einen vollkommen passenden Sinn gibt.

Zimmern [31]) und Hille [32]) suchen durch eine willkürliche Uebersetzung die Richtigkeit ihrer Ansicht zu beweisen. Sie übersetzen nämlich, die querel werde »aus

[30]) Conj. l. III., Cap. 17 § 15.
[31]) Zimmern, a. a. O., S. 74.
[32]) Diss. cit. p. 56.

Digitized by Google

Rücksicht auf die entzogene Quart » gestattet, eine Uebersetzung, welche Vangerow a. a. O. § 483 als grammatisch unmöglich bezeichnet. Breidenbach[33]), welcher im schlimmsten Falle jene Conjektur vorschlägt. versucht noch auf andere Weise zum gewünschten Resultate zu kommen. Durch die einfache Uebersetzung glaubt er dem Gesetze « eine sonderbare Fassung unterzustellen, da die Worte pro ratione quartæ dann wie eine contradictio in adjecto zu betrachten wären. » Er verwirft die Faber'sche Interpretation von 4 Erben, sucht dagegen die Zimmern'sche Uebersetzung durch Herbeischaffung von philologischem Apparate zu stützen, indem er nachweist, dass bei Cicero die præposition pro häufig im Sinne « in Gemässheit » vorkommt, und das Wort ratio im Sinne von « Rücksicht ». Auf diese Weise kommt er ebenfalls zum Resultate, die Worte pro ratione quartæ als Grund, wesswegen rescindirt wird, aufzufassen. Dagegen ist zu sagen: Wenn Breidenbach auch damit den Vangerow'schen Vorwurf der grammatischen Unmöglichkeit einer solchen Uebersetzung widerlegt, so ist andererseits die Willkürlichkeit einer solchen Uebersetzung nicht zu bestreiten. Die einfache Uebersetzung ist nicht aus dem Grunde zu verwerfen, weil sie einen Sinn ergibt, der dem Erklärer nicht passt, und « dem Gesetze eine sonderbare Fassung unterstellt, sondern im Gegentheil wegen ihrer Klarheit aufrecht zu erhalten. Franke[34]) hat ganz Recht, wenn er sagt, die Worte pro ratione quartæ bedeuten nicht den Grund des Gesetzes, weil derselbe schon im Vordersatze angeführt sei. Das Breidenbach'sche[35]) Gegenargument, die-

[33]) A. a. O., B. 28, S. 41.
[34]) Franke, a. a. O. S. 527.
[35]) a. a. O., B. 28, S. 41.

Digitized by Google

selbe Wiederholung finde sich in C. 1, h. t. (utpote quartam partem non habeutibus) ist nicht beweisend.

C. 9, h, t. wurde schon am Anfang dieser Abhandlung erwähnt. Diese constitution spricht von der Aehnlichkeit der querela inoff. don. mit der quer. inoff. test. und setzt die Verjährungszeit für beide Klagen gleich. Was mit den Worten: ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa, vel similis existimanda gemeint ist, ist nicht klar zu ersehen. Nimmt man als Grund an Entziehung des Pflichttheils, so ist er bei beiden Klagen derselbe. Und dieses ist wohl der einzige annehmbare Grund. Ueber die Wirkungen beider Klagen ist nichts in dieser constitution gesagt, woraus man nicht etwa ohne Weiteres auf gleiche Wirkungen schliessen darf. Sehr wichtig für unsere Lehre ist auch c. un, C. de inoff. dot. III, 30.

Eine Mutter hat ihr ganzes Vermögen für die dos ihrer Tochter verwendet. Ihre Söhne erhalten vom Kaiser Constantius ein der quer inoff. test. analoges Rechtsmittel, die quer inoff. dotis, wodurch sie zu ihren emolumenta debita gelangen.

Die in ihrem Pflichttheil verkürzten Söhne sollen also erhalten die ihnen zukommenden Vermögensvortheile, emolum. debita. Dieser Ausdruck ist ebenso aufzufassen wie debitum bonorum subsidium in c 5 C de inoff. don. Es ist der Pflichttheil damit gemeint. Ich brauche hier nicht wieder darauf zurückzukommen, warum die Notherben nichts zu beanspruchen haben, als den Pflichttheil Zimmern's[36]) Interpretation, emolumenta debita seien «*offenbar*» nicht der Pflichttheil, sondern die debita oder legitima portio, die Intestatportion, stützt sich nur darauf, dass dieser Ausdruck in der Interpretation, die dem

[36]) Zimmern a. a. O., S. 74.

Digitized by Google

selben Rescripte im Cod. Theod.[37]) beigefügt ist, gebraucht wird. Damit ist gar nichts bewiesen. Man muss sich an den Text und nicht an die Interpretation halten. Breidenbach[38]) will den Ausdruck deb. emol. gar nicht technisch aufgefasst wissen und übersetzt «den ihnen zukommenden Antheil». Dieses ist aber gerade der Pflichttheil.

Aber selbst in der Auffassung dieser Worte als terminus technicus glaubt er ein Argument für seine Ansicht zu gewinnen, wenn er mit Zimmern annimmt, emolumenta debita sei gleichbedeutend mit portio debita und bedeute daher Intestatportion. Wenn er sich zum Beweise auf den Ausdruck in c 2 C de inoff. don. stützt, so irrt er gewaltig. Die Intestatportion ist dort nicht mit portio debita, sondern mit portio debita *ab intestato* bezeichnet. Ebenso ist es unstatthaft, den Ausdruck emol. debita gleichzustellen mit dem Ausdruck pars legitima, wie er z. B. in § 3 J. de inoff. test. II, 18 vorkommt. Pars legitima ist die Intestatportion, d. h. die Portion, welche in Ermangelung eines Testamentes lege den Erben zufällt. Von der pars legitima ist nur dann zu sprechen, wenn der Erblasser gar keine Dispositionen über sein Vermögen getroffen hat.

Die Fassung dieser Stelle in den Basil. 41, 4 § 10, worauf sich Breidenbach stützt, beweist wenigstens nichts gegen die hier vertheidigte Ansicht. Dort ist im Allgemeinen von einer Rückforderung der dos die Rede. Am Allergesuchtesten ist die Erklärung von Hille.[39]) Derselbe gibt nämlich eine Rescission auf den Pflichttheil zu, nimmt aber den Fall von nachgebornen Kindern an (nach Bestellung der dos), denen nicht die quer inoff.

[37]) Cod. Theod. de inoff. dotibus. II, 21.
[38]) A. a. O., B. 28, S. 46.
[39]) A. a. O., p. 56 u. ff.

Digitized by Google

dotis, sondern billigkeitshalber dieselbe Klage gestattet wird, wie in c 5 C de inoff. don. dem Schenker, also eine condictio ex lege. Eine solche condictio ex lege würde aber bloss dem Schenker selbst zustehen, nicht den nachgebornen Kindern, weil die Bestellung der dos zu ihrer Zeit keine inofficiose war. Mit dieser Erklärung kommt man also nicht durch, umsoweniger, da in der c un. cit. mit dürren Worten von einer der Inofficiositäts-querel analogen Klage gesprochen wird.

Wir haben jetzt, bevor wir zum justinianeischen Rechte übergehen, noch zwei Kaiserconstitutionen zu besprechen, auf die sich hauptsächlich die gegnerische Meinung stützt. c 4 C de contr. emt. IV, 38 und fr. 87 § 3 de legat. II.

Der in c 4 C de contr emt. IV, 38 besprochene Fall ist folgender. Der Supplikant hat ihm geschenkte Sachen von dem Erben der Schenkerin gekauft. Darum rescribiren die Kaiser (Diocletian und Maximian), man könne nicht mit doppeltem Titel besitzen. Da er durch Schenkung und Tradition Eigenthümer geworden sei, so habe er erfolglos gekauft. Der Kauf nützt ihm nur dann, wenn bewiesen wird, er sei durch die Schenkung nicht Eigenthümer geworden. Freilich, fahren die Kaiser fort, da ihm das ganze Vermögen der Mutter des Erben geschenkt worden ist, so wird ihm in diesem Falle auch der Scheinverkauf von Sachen aus dem Vermögen der Schenkerin zu Gute kommen, auch wenn die Schenkung an sich gültig ist, damit der Sohn ihm nicht wie bei einem inoff. Testament diese Sachen entziehen kann.

Aus diesem Rescripte folgt: da das ganze Vermögen weggeschenkt worden ist, so könnte die Schenkung später vom Erben der Schenkerin als inofficios angefochten und das, was inofficios geschenkt wurde, zurückgefordert werden.

Digitized by Google

Zimmern[40]) nimmt eine vollständige Rescission an, nach dem von ihm aufgestellten Grundsatz, dass der Kläger einem beschenkten Fremden alles zurückfordert. Aber dann müsste eine venditio omnium bonorum vorliegen, worauf Zimmern nicht eingeht, und was aus dem vorliegenden Gesetze auch nicht ersichtlich ist.

Breidenbach[41]) sucht eine venditio omnium bonorum dadurch zu begründen, dass er die Worte res maternæ als terminus technicus zur Bezeichnung des ganzen mütterlichen Vermögens auffasst. Jedoch sprechen alle Stellen, auf die er sich zum Beweise dafür beruft, nicht von *res* maternæ, sondern von *bona* materna.[42]) Nur in c 4 C de bon. mat. IV, 60 wird von res maternæ gesprochen. Der Ausdruck res maternæ braucht daher gar nicht technisch aufgefasst zu werden, sondern man hat darunter zu verstehen, von der Mutter herrührende Sachen, Sachen aus dem mütterlichen Vermögen. Wahrscheinlich hatte der Beschenkte solche Sachen bis zum Betrage des Pflichttheils gekauft, um dieselben nicht durch die vom heres anzustellende querel zu verlieren, ne possit (sc heres) hæc (gerade diese Vermögensstücke) avocare. Und von diesem Gesichtspunkt erklären Diocletian und Maximian jenen Kauf für ein dem Supplicanten nützliches Vertheidigungsmittel, wenn etwa der Erbe die querel anstellen sollte. Da aus dieser Stelle nicht hervorgeht, dass eine venditio omnium bonorum stattgefunden habe, so kann man auch nicht auf eine Rescission der

---

[40]) Zimmern a. a. O., S. 67.

[41]) A. a. O., B. 28, S. 45.

[42]) fr. 78 de her. inst. (28,5); fr. 86 § 2 D de acq. vel om. her. (29,2); fr. ult. ad Sct. Treb. (36,1). Ueberschrift von tit. 60 lib IV C; nur in C 4 h t. wird von res maternæ gesprochen.

Digitized by Google

Schenkung bis zum Betrage der Intestatportion des Erben schliessen. Ausserdem ist auch nicht einzusehen, warum die Kaiser Diocletian und Maximian in diesem Rescript anders bestimmen sollten, als in den vorher besprochenen. Wir wenden uns zu den viel besprochenen fr. 87 § 3 de legat II. Es ist diess ein Rescript des Kaisers Alexander, welches von Paulus herangezogen wird.

Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano Præfecto Urbi: Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse: ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari.

Zunächst ist hier festzustellen, dass dieses Rescript nur von einer Rescission auf die Intestatportion redet. Die ganze Stelle ist so klar und deutlich abgefasst, dass es ein Ding der Unmöglichkeit wäre, den Sinn hineinzuinterpretiren, dass die Rescission bis zum Betrage der legitima gehen soll. Und doch ist dieses versucht worden. Aeltere Schriftsteller, wie Azo, Accursius, Donell, Cujaz und Vinnius erklären, dimidia pars sei gesetzt für dimidia pars quartæ. Es springt in die Augen, wie willkürlich und gesucht eine solche Interpretation ist. Denn durch dergleichen Zusätze kann man den Sinn einer jeden Stelle verdrehen.

Francke[43]) lässt sich auf eine nähere Erklärung dieses Rescripts gar nicht ein und nimmt an, dass durch diese constitution, welche die Lehre von den übermässigen Schenkungen erst begründete, das Recht der querel noch nicht festgestellt worden sei, und dass die späteren Rescripte davon abweichen. Ebenso nehmen Vangerow

---

[43]) Francke a. a. O., S. 523 ff.

Digitized by Google

und Mühlenbruch[44]) einen späteren Wechsel der Theorie an. Mühlenbruch (ebendaselbst) bemerkt noch zu dieser Stelle, «dass sich bei mangelnder Kenntniss der genaueren Umstände dieser Schenkung mit völliger Sicherheit nichts bestimmen lasse.» Dieses Argument ist von Breidenbach[45]) auf das Glänzendste widerlegt worden. Er hat mit Hilfe der uns vorliegenden Daten nachgewiesen, dass eine Rescission auf die legitima nicht gemeint sein kann, sei es nun, dass man zwei oder mehrere Pflichttheilsberechtigte, eine donatio omnium bonorum oder nur eine partielle Vermögensschenkung annimmt. Die Rechnung stimmt in keinem Falle, und es bleibt einem nichts anderes übrig, als auf *zwei* Pflichttheilsberechtigte, nämlich jenen übermässig beschenkten nepos und den Julian, auf eine donatio omnium bonorum und auf die Rescission bis zum Betrage der Intestatportion zurückzukommen. Denn wird eine donatio omnium bonorum zur Hälfte rescindirt, so beträgt diese Hälfte mehr als den Pflichttheil aller Pflichttheilsberechtigten (welcher $^1/_4$ des Intestatnachlasses ausmacht), dagegen gerade die Intestatportion des zweiten, umgangenen Erben. Umfasste die Schenkung dagegen nicht das ganze Vermögen, so müsste die Hälfte der Schenkung weniger ausmachen, als die legitima, also weniger als ein Viertheil des Vermögens, weil ja dann die legitima supplirt werden müsste. Es wäre also im Ganzen weniger als die Hälfte verschenkt, in welchem Falle von einer inofficiosen Schenkung nicht die Rede sein kann, sei es, dass man zwei oder mehrere Pflichttheilsberechtigte annimmt. Eine solche Schenkung kann aber auch schon wegen der Worte patrimonium exinanisse

[44]) Vangerow a. a. O., § 482, a. E., p. 282. Mühlenbruch, Forts. zu Glück's Erläuterungen, B. 36, S. 110.

[45]) Breidenbach a. a. O., B. 28, S. 29 ff.

Digitized by Google

nicht gemeint sein. Wir müssen also eine donatio omnium bonorum annehmen, und da hier von einer Rescission auf den Pflichttheil nicht die Rede sein kann, so bleibt nichts anderes übrig, als eine solche bis zum Betrage der Intestatportion.

Wie ist nun aber dieses mit den anderen Stellen in Einklang zu bringen, die eben so klar von einer Rescission auf die legitima reden? Kritz[46]) hält unser Rescript für keinen locus dispositivus, seine Aufnahme in die Pandecten mache es noch zu keiner allgemeinen Rechtsnorm, da die Compilatoren sich deutlich ausgedrückt hätten, wenn sie dieses beabsichtigten. Er meint also, dass dieses Rescript keinen allgemein verbindlichen rechtlichen Inhalt habe. Und dieses ist die richtige Ansicht, nur dass sie bei Kritz einer genügenden Begründung entbehrt. Breidenbach[47]) hat sich hauptsächlich darum an dieser Interpretation gestossen, weil er glaubt, dass bei dieser Annahme das in Frage stehende Rescript als ein Gnadenrescript aufgefasst werden muss und sucht die Unmöglichkeit einer solchen Auffassung darzuthun. Zunächst macht er den Einwurf, dass im älteren Rechte jedes Rescript mit Ausnahme der in fr. 1, § 2 de const. princ. IV, 1 erwähnten constitutiones personales allgemeine Gesetzeskraft hatte. Hieraus lässt sich indessen noch nicht folgern, dass nicht gerade dieses Rescript unter jene Zahl gehöre, und wenn man fr. 1, § 2 cit. näher betrachtet, wird man zugeben müssen, dass einer solchen Auffassung nichts entgegensteht. Ob Breidenbach mit seiner Behauptung überhaupt Recht hat, werden wir später sehen. Ferner sind es die Worte ratio deposcit,

[46]) Kritz, exegetisch practische Abhandlung Nr. 5.
[47]) Breidenbach a. a. O., B. 28, S. 32.

Digitized by Google

die er in einem Gnadenrescripte nicht gelten lässt. Allein hiermit scheint er jenen Worten doch eine zu grosse Consequenz beizulegen. Sodann stützt sich Breidenbach auf die Autorität des Paulus, in dessen Fragment das Rescript aufgenommen ist. Dass dieser Grund unbeweisend ist, werden wir weiter unten sehen, ebenso wie wir sein letztes Argument: Aufnahme des Rescripts in die Digesten und daher unbedingte Rechtsgültigkeit, in der folgenden Ausführung entkräften werden.

Wir haben also nunmehr den Nachweis zu liefern, dass dieses Rescript kein allgemein gültiges war, und werden gleichzeitig beweisen, dass es desswegen kein Gnadenrescript zu sein braucht.

Um diesen Beweis zu führen, werden wir historisch zuwege gehen.

Die Kaiserrescripte hatten in der ersten Zeit ihrer Wirksamkeit, d. h. bis zum Verfall der klassischen Jurisprudenz im Allgemeinen den Charakter von rescripta juris; aber durchaus nicht alle. Dieses erklärt sich aus der hervorragenden Stellung, die damals die prudentes, die Juristen einnahmen, als eigentliches Organ der Rechtsbildung. Diese Rechtsgelehrten wichen vielfach von den Kaiserrescripten ab und gaben sogar Entscheidungen, die denselben offen zuwiderliefen[48]). Und dieses Vorgehen derselben darf uns nicht wundern, wenn wir in Betracht ziehen, dass in der damaligen Periode die kaiserliche Macht (namentlich in Bezug auf das Recht) ihren Gipfelpunkt noch keineswegs erreicht hatte, obwohl sie stets im Wachsen begriffen war. Diese selbstständige Stellung der Juristen

[48]) Guyet, Abhandl. aus dem Civilrecht Nr. 4 über die Rescripte etc., S. 55, hierzu Belege, z. B. Fr. 92 de condit. et demonstr (35,1) und Fr. 114, § 8, cf. c., § 7 de leg. I., Fr. 6, § 5 u. fr. 7 de rerum divisione I, 8; ebenso fr. 8, § 1 de pœnis (48,19).

Digitized by Google

erklärt uns auch, dass dieselben, wenn sie ein kaiserliches Rescript anwendeten, zur Rechtfertigung dieses Schrittes oft erst die Ansicht anderer Juristen oder der Praxis heranzogen (vergl. Fr. 7, § 16 quibus ex causis (42, 4)[49]).

Daher ist der Umstand, dass Paulus dieses Rescript anführt, noch nicht beweisend für dessen allgemeine Rechtsgültigkeit; er führt das Rescript an als ein Citat für *seine* Ansicht. Dass er Letzteres nicht zu schroff hervorhebt, ergibt sich von selbst aus dem Umstand, dass der Kaiser noch lebt.

Wir können noch weiter gehen. Die Kaiser selbst trugen in dieser Periode kein Bedenken, manchmal von ihren eigenen Rescripten abzuweichen. Dafür zeugen z. B. zwei Constitutionen desselben Kaisers Alexander[50]).

Dass nun das vorliegende Rescript ein solches, nicht unbedingt rechtstellendes war, dafür sprechen verschiedene Umstände.

Zunächst haben wir zu berücksichtigen, dass die Tendenz der Compilatoren darauf ging, alle Widersprüche im Rechte zu beseitigen. Da der Codex in der Gestalt, wie er uns vorliegt (codex repetitæ prælectionis) nach der Abfassung der Digesten redigirt wurde, so wäre eine Ausschliessung der Controverse leicht gewesen, wenn eine solche überhaupt vorlag. Wir müssen daher annehmen, dass die Compilatoren dieser Stelle überhaupt kein Gewicht

[49]) Guyet a. a. O., S. 52.

[50]) In c. 5 C. de his quibus ut indignis VI. 35 rescribirt der Kaiser, dass wenn Erben die Bestimmung des Testators, ihm ein Monument zu setzen, nicht innehalten, ihnen die Erbschaft desswegen nicht entzogen werden soll, und in c 5 C de religiosis III., 44 befiehlt er einem andern Supplicanten gebieterisch den gleichen Willen des Verstorbenen zu erfüllen. Denn wenn auch eine delatio hoc nomine (von ihm) aufgehoben sei, so würde sich der Bittsteller doch Missgunst zuziehen. wenn er diesen Willen des Testators nicht berücksichtigt.

Digitized by Google

beigelegt haben, dass dieselbe blos als ein historisches Datum aufgenommen worden ist. Oder es müsste eine grobe Nachlässigkeit derselben obwalten, was unwahrscheinlich ist. Aus den bisherigen Ausführungen wird es ersichtlich, dass Breidenbach irrt, wenn er eine allgemeine Rechtsverbindlichkeit der Rescripte in der ersten Zeit ihrer Wirksamkeit annimmt, und ebenso wird sein Argument: Aufnahme dieses Rescripts in die Digesten (s. oben) dadurch entkräftet. Ja, wir können sogar diesem letzten Argumente noch die Frage gegenüberstellen: Warum ist dasselbe nicht in den Codex aufgenommen worden? Man muss freilich zugeben, dass dieselben Rescripte sich nicht oft in Justinians Rechtsbüchern mehrmals wiederholt vorfinden, allein es kommt doch vor[51]), und dann wäre dieses Rescript ein so wichtiger Beitrag zur Lehre von den inofficiösen Schenkungen, dass eine Wiederholung im Codex vollkommen gerechtfertigt gewesen wäre, umsomehr, da die Digesten keinen Titel über die inofficiösen Schenkungen aufzuweisen haben. Bei unserer Anschauungsweise ist es gar nicht nothwendig, Fr. 87 cit. als Gnadenrescript anzusehen, obwohl auch dafür Gründe sprechen. So die Anrede Juliane carissime[52]).

[51]) In Fr. 46 de pact. II. 14 wird eine constit. des Divus Marcus erwähnt, die sich im Codex findet. c. 2 C. ut in poss. legati IV., 54, vergl. ferner:

Fr 8 de postul. III., 1 und c 1 C. de his qui in exil X., 59.
Fr. 7 de in integr. rest. IV., 1 und Fr. 183 de R. J.
Fr. 13 quod met. causa IV., 2 und Fr. 7 ad leg. Jul. de vi priv. (48,7).
Fr. 37 de judiciis etubi quisque V., 1 und Fr. 5 ad leg. Jul. de vi publ. (48,6).

[52]) Eine solche Anrede findet sich sonst meines Wissens nirgends in den justinianeischen Rechtsbüchern. In c 1 C Si mancipiumita venierit IV., 56 verweist Alexander den Bittsteller an den præf. urbi, amicus noster, wahrscheinlich derselbe Julian, der eine bedeutende Stellung am Hofe des Kaisers einnahm.

Digitized by Google

Es wäre gar nicht unwahrscheinlich, dass der Kaiser seinen Liebling Julian nicht abschlägig bescheiden, zugleich aber auch keine Præjudiz für künftige Fälle schaffen wollte und daher auf dem Wege der Gnade entschied.

Allein wir brauchen dies gar nicht anzunehmen, sondern wir halten uns an das gefundene Resultat. Das in Fr. 87 cit. allegirte Rescript stammt aus einer Periode, wo noch nicht alle Rescripte allgemeines Recht schufen. Als ein solches ist auch das vorliegende aufzufassen und hat daher keinen Einfluss auf unsere Lehre gewonnen. Anders die spätern Rescripte über inofficiöse Schenkungen, die uns im Codex vorliegen. Diese wurden zu einer Zeit erlassen, wo eine freiere Behandlung resp. eine Abweichung von denselben durch die Juristen unmöglich erscheint, in Folge davon, dass die Macht der Kaiser auf das Höchste gestiegen und der Einfluss der Juristen bereits im Sinken begriffen war. Diese Rescripte sind es also, die unsere Lehre ausgebildet haben. Das alexandrinische ist lediglich als ein historisches Datum zu betrachten, dass einmal Kaiser Alexander in diesem Sinne sich entschieden hat.

Bei dieser Anschauung ist von keiner Controverse mehr die Rede. Denn in dem für uns allein massgebenden Codextitel ist eine solche nicht begründet.

Zum Schlusse haben wir kurz zu betrachten

Das justinianeische Recht.

Es wirft sich uns zunächst die Frage auf, ob c 30 C de inoff. test. III., 28 auf die querela inoff. donat. anzuwenden sei? Und diese Frage muss unbedingt verneint werden. Die const. cit. bestimmt, dass der Notherbe, dem

Digitized by Google

etwas hinterlassen worden ist, eine actio ad supplendam legitimam erhält, während Derjenige, dem gar nichts hinterlassen wurde, mit der querela inoff. test. auf seine Intestatportion klagen kann. Allein diese constitutio setzt voraus, dass ein Testament vorhanden ist, welches die Notherben verkürzt oder umgeht. Es ist mit keinem Wort in diesem Rescript gesagt, wie es gehalten werden soll, wenn das Vermögen schon bei Lebzeiten weggegeben worden ist. Die actio ad supplendam legitimam dient nur dazu, den unvollständigen Willen des Testirers zu ergänzen, während sich die quer. inoff. donat. wie die Inofficiositätsquerel auf lieblose Gesinnung des Erblassers gründet.[53]) Daher argumentirt Zimmern[54]) ganz richtig. dass es in Bezug auf die quer. inoff. don. beim alten Rechte bleibt. Dagegen muss unzweifelhaft die durch nov. 18 c 1 eingeführte Erhöhung auch für unsere Klage gelten. Denn schon die Annahme, dass der Pflichttheil verschieden gross sein soll, je nachdem inofficiöse Schenkung oder testamentarische Nachfolge vorliegen, ist absurd. Dass dieses auch der Wille Justinians gewesen sei, geht aus der für unsere Lehre sehr wichtigen nov. 92 hervor, in deren Einleitung der Kaiser von einer *allgemeinen* Erhöhung der Falcidia, die ja den Pflichttheil ausmacht, spricht. Justinian bestimmt in dieser Novelle, die beschenkten Söhne sollen den verkürzten ihren Pflichttheil herausgeben und zwar nach der neu eingeführten Berechnung (der nov. 18), ut non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur propter factam in donationibus immensitatem. Es wird also dem Vater ein vollständig freies Verfügungsrecht über sein Vermögen zugestanden,

---

[53]) Mühlenbruch a. a. O. S. 75.
[54]) Zimmern a. a. O. S. 128.

Digitized by Google

mit der einzigen Beschränkung, dass dadurch den Notherben der Pflichttheil nicht entzogen werden darf. Obgleich hier nur der Fall angenommen ist, dass nur Söhne beschenkt sind, so muss man doch weiter folgern, wenn der eine oder mehrere Söhne sich mit dem Pflichttheil begnügen müssen, so gilt dies von allen, selbst wenn Fremde beschenkt worden sind. Man muss daher auch annehmen, dass, obgleich nichts über Schenkungen an andere Personen und nichts über andere Notherben als filii in der Novelle bestimmt ist, für diese das alte Recht weiter gilt, weil eben nichts Neues verordnet ist.

Daher ist die Zimmern'sche [55]) Folgerung, dass für Ascendenten und Geschwister die alte quart. bestehen bleibe, unrichtig. Denn dass der Pflichttheil durch die neuen Bestimmungen der nov. 18 allgemein erhöht worden sei, beweisen die einleitenden Worte der nov. 92. Mühlenbruch [56]) nimmt ganz richtig an, dass Justinian durch diese Novelle einer verkehrten Anwendung der frühern Bestimmung über die quarta pars. als zu rescendirendem quantum vorbeugen wollte, veranlasst durch dergleichen vorhergegangene Fälle. Wir haben also im justin. Recht für unsere Lehre nichts Neues, als die Erhöhung des Pflichttheils zu constatiren.

---

[55]) Zimmern a. a. O. S. 76.
[56]) Mühlenbruch a. a. O. S. 116.

Digitized by Google

Anhang.

Die Lehre von den übermässigen Schenkungen im französischen Rechte.

Zum richtigen Verständniss der Gestaltung, welche diese Lehre im französischen Rechte angenommen hat, ist es nothwendig, mit ein paar Worten zunächst auf die Verschiedenheit des römischen und französischen Erbrechts einzugehen. Im älteren römischen Rechte ist das Dispositionsrecht des Testators unbeschränkt[57]) und in gleicher Weise steht dem Eigenthümer freies Verfügungsrecht unter den Lebenden zu.

Später erst entwickelte sich das Notherben- und Pflichttheilsrecht.[58]) Wir haben oben gesehen, dass auch dieses erst spät auf Verfügungen unter Lebenden seine Anwendung erhielt.

Anders das französische Recht, welches in dieser Materie den Grundsätzen des alten germanischen Rechts gefolgt ist. Dem deutschen Rechte war eine solche Testir- und Verfügungsfreiheit unbekannt. Das Eigenthum ist in demselben beschränkt mit Rücksicht auf die Blutsverwandtschaft, welche ein unbedingtes Recht auf Erbfolge hat. Das Testament bürgerte sich im deutschen Rechte erst durch den Einfluss des römischen Rechtes ein.

---

[57]) Das Zwölftafelgesetz sagt: Uti legasset super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.

[58]) Brochet, étude hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves, S. 200, sagt hierüber: la légitime ne pouvait être qu'une protestation de la morale contre le droit positif.

Digitized by Google

Eine Art Pflichttheilsrecht, und auch dieses streng im Geiste des deutschen Rechts, bildete sich durch die leges barbarorum, hauptsächlich durch die lex Burgundionum, aus, und auf diesem fusst die französische *réserve* oder der *Vorbehalt.* Dieser Vorbehalt ist nicht identisch mit der legitima der Römer. «Der Vorbehalt», sagt Zachariæ, [59]) «sichert den Theil des Vermögens, welcher den in dem Gesetze benannten Personen vorbehalten ist, gegen das Recht des Eigenthümers des Vermögens, freigebige Verfügungen unter den Lebendigen oder auf den Todesfall zu treffen. Der Vorbehalt verwandelt das Erbrecht in ein beziehungsweise vollgültiges Eigenthum.» Der Pflichttheil dagegen ist der bedingte Anspruch des Notherben auf einen Theil des Nachlasses zum Schutze gegen die Lieblosigkeit des Erblassers [60]). Nach dem römischen Rechte ist der Pflichttheil eine Ausnahme der Regel, d. i. eine Beschränkung der libertas testandi, eine Beschränkung, welche sich auf ein einzelnen Personen, als solchen verliehenes Vorrecht bezieht. Nach dem franz. Rechte ist der Vorbehalt eine Bestätigung der Grundregel und, wenn Vorbehaltserben vorhanden sind, das Recht freigebige Verfügungen zu treffen, die Ausnahme [61]). Von diesem Ausgangspunkte ausgehend, wollen wir nunmehr die Bestimmungen des Code civil über übermässige Schenkungen betrachten.

Unsere Lehre findet sich im Code civil im *III. Buche* (des différentes manières dont on acquiert la propriété), *II. Titel* (des donations entre-vifs et des testaments), *3 Capitel* (de la portion de biens disponible et de la réduc-

[59]) Zachariæ, Handb. des franz. Civilrechts, § 678, herausgegeben von Anschütz.

[60]) Mühlenbruch a. a. O. S. 96.

[61]) Zachariæ a. a. O. § 678.

Digitized by Google

tion), *Section II* (de la réduction des donations et legs) art. 920—930 [62]).

Charakteristisch für das französische Recht und im Einklang mit dem soeben Gesagten, ist es, dass im Code nicht die Grösse des Pflichttheils oder vielmehr der Reserve normirt ist, sondern die Quote des Vermögens, deren man sich entäussern darf, la quotité disponible. Was die Personen anbetrifft, denen der Vorbehalt zusteht, so sind dieses nur Ascendenten und Descendenten. Sind solche nicht vorhanden, so kann der Erblasser sein ganzes Vermögen durch freigebige Verfügungen erschöpfen [63]). Und zwar gilt dieses in gleicher Weise von Verfügungen unter Lebenden, wie vom Testamente [64]).

Wie gross ist nun die Reserve oder vielmehr der wievielte Theil des Vermögens bestimmt sie? Das Gesetz spricht zunächst von den Descendenten. Der Erblasser kann über die Hälfte seines Vermöges frei disponiren, wenn er *ein* Kind hat, über $^1/_3$ wenn zwei, blos über $^1/_4$ wenn drei oder mehr Kinder vorhanden sind [65]), oder mit andern Worten: der Vorbehalt beträgt, je nachdem der Erblasser hinterlässt: ein Kind, für dieses die Hälfte des Vermögens, für 2 Kinder $^2/_3$, für drei und mehr $^3/_4$ dessselben.

Hat der Erblasser keine Descendenten, sondern nur Ascendenten, so ist zu unterscheiden ob Ascendenten väterlicher- und mütterlicherseits oder nur von einer Linie vorhanden sind. Hinterlässt der Erblasser Ascen-

---

[62]) Im Code civil du Canton de Vaud findet sich diese Lehre etwas modificirt in den Art. 573, 574, 575 u. 578—583.

[63]) Code civil, Art. 916.

[64]) Art. 913.

[65]) Art. 913.

Digitized by Google

denten beider Linien, so kann er über die Hälfte, hinterlässt er nur Ascendenten der einen Linie, so kann er über $^3/_4$ seines Vermögens frei disponiren, d. h. der Vorbehalt der Ascendenten je einer Linie beträgt $^1/_4$ des Vermögens [66]).

Jede Schenkung unter Lebenden unterliegt gewissen Formalitäten, sie muss notariell beurkundet sein bei Strafe der Nichtigkeit [67]). Ueberschreiten Schenkungen unter den Lebenden den disponiblen Vermögenstheil, so werden sie, wie der Code sagt, bei Eröffnung der Erbfolge *reducirt* bis zum Betrage der disponiblen Quote [68]) und zwar anfangend von der letzten Schenkung. Der technische Ausdruck für übermässige Schenkungen im Code ist donations réductibles. Die Klage auf Reduction heisst demande en réduction, action en réduction, révendication [69]).

Sie kann angestellt werden von den Vorbehaltserben, deren Erben, oder wer an ihre Stelle tritt [70]); den beschenkten legataren oder Gläubigern des Erblassers wird sie nicht gegeben [71]).

Was die Natur der Reductionsklage anbelangt, so ist sie eine dingliche Klage, wie auch schon der Name révendication andeutet. Sie kann von den Erben gegen jeden Dritten angestrengt werden in gleicher Weise und in gleicher Ordnung, wie gegen den Beschenkten selbst. [72]) Der Beschenkte hat die Früchte der Liegenschaften, die

---

[66]) Art. 915.
[67]) Art. 931.
[68]) Art. 920.
[69]) Art. 928 u. 930.
[70]) Art. 921.
[71]) ibid.
[72]) Art. 930.

Digitized by Google

der Reduction unterliegen, zu erstatten vom Todestage des Erblassers an, wenn die Reductionsklage innerhalb eines Jahres nach seinem Tode erhoben wird, später vom Moment der Klageerhebung an.[73]) Diese Bestimmung ist auch auf die Verpflichtung der Zinserstattung von Mobiliarschenkungen auszudehnen. Arg. art. 928, jct. art. 856.[74])

Die Klage erlischt: *erstens* durch Verjährung und zwar in 30 Jahren für den Beschenkten arg. art. 789 für den dritten Besitzer in 10 Jahren arg. art. 2265; zweitens durch Verzicht nach dem Tode des Erblassers.[75])

Die Berechnung der Masse wird vorgenommen, indem man das Vermögen des Erblassers bei seinem Tode zusammenzählt mit dem Betrage der Schenkungen inter vivos mit Rücksicht auf ihren Werth beim Tode des Erblassers, und die Schulden in Abzug bringt.[76])

Die Reduction der Schenkungen findet nur statt, wenn der disponible Theil des Vermögens erschöpft ist, und zwar beginnt man, wie bereits erwähnt, damit, dass man zunächst die letzte Schenkung reducirt u. s. f.[77])

Ist ein Erbe beschenkt worden, so kann er von der Schenkung so viel zurückbehalten, als sein Erbtheil am dispositionsunfreien Vermögen beträgt, wenn die Schenkungen gleicher Natur sind, wie jenes Vermögen.[78])

Wenn die Schenkungen das verschenkbare Vermögen erschöpfen oder übersteigen, so verfallen sämmtliche Vermächtnisse.[79]) Also auch hier möglichst Aufrechterhaltung

---

[73]) Art. 928.
[74]) Vergl. Zachariæ a. a. O., § 685.
[75]) Vergl. Zachariæ a. a. O., § 686.
[76]) Art. 922.
[77]) Art. 923.
[78]) Art. 924.
[79]) Art. 925.

Digitized by Google

der Schenkungen. Verschenkte Liegenschaften, die der Reduction unterliegen, kehren frei von allen von dem Beschenkten ihnen auferlegten Lasten in das Vermögen zurück.[80]) Dieselbe Regel ist auch auf den für eine Mobiliarschenkung zu restituirenden Geldwerth auszudehnen.[81])

Zum Schlusse lassen wir eine vergleichende Uebersicht der Hauptverschiedenheiten zwischen römischem und französischem Rechte folgen.

Römisches Recht.	**Französisches Recht.**
Statt des römisch rechtlichen *Pflichttheils* hat	das französ. Recht die *réserve* oder den *Vorbehalt.*
Die Rescission der Schenkungen geht stets auf den Betrag des Pflichttheils, während die querela inoff. test. auch auf die Herausgabe der Intestatportion gehen kann.	Schenkungen und Testamente werden hinsichtlich des Vorbehalts gleich beurtheilt.
Pflichttheilsberechtigt sind auch unter gewissen Bedingungen Geschwister (wenn ihnen personæ turpes vorgezogen sind).	Vorbehaltserben sind nur Ascendenten und Descendenten. Sind nur Seitenverwandte vorhanden, so kann der Erblasser frei über sein ganzes Vermögen verfügen.
Die Berechnung des *Pflichttheils*	und der *Reserve* sind verschieden.
Die Rescissionsklage inoff. Schenkungen ist eine actio in personam.	Die action en réduction ist eine dingliche Klage.
Die quer. inoff. donat. verjährt in 5 Jahren.	Die action en réduction verjährt in 30 resp. 10 Jahren.

[80]) Art. 929.
[81]) Vergl. Zachariæ a. a. O., § 685.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google